



HAL
open science

**L'utilisation des ordonnances dans le domaine du sport :
il ne faut pas confondre vitesse et précipitation :
l'exemple de l'ordonnance n° 2018- 1178 du 19 décembre
2018 relative à la lutte antidopage**

Jean-Christophe Lapouble

► **To cite this version:**

Jean-Christophe Lapouble. L'utilisation des ordonnances dans le domaine du sport : il ne faut pas confondre vitesse et précipitation : l'exemple de l'ordonnance n° 2018- 1178 du 19 décembre 2018 relative à la lutte antidopage. Les cahiers de droit du sport, 2020. hal-02968914

HAL Id: hal-02968914

<https://hal.science/hal-02968914>

Submitted on 16 Oct 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'utilisation des ordonnances dans le domaine du sport : il ne faut pas confondre vitesse et précipitation : l'exemple de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 relative à la lutte antidopage¹

Jean-Christophe LAPOUBLE
Professeur, Faculté des sciences du sport
CEREGE
Université de Poitiers

En matière de dopage, les textes nationaux sont subordonnés aux nombreuses modifications du code mondial antidopage qui a vocation à s'imposer à la suite de la Convention internationale contre le dopage dans le sport du 19 octobre 2005 adoptée lors de la 33^{ème} lors de la 33^{ème} session de l'UNESCO à Paris². Même si auparavant la France s'était engagée à adopter le premier Code mondial antidopage de 2003, issu de travaux de l'Agence Mondiale Antidopage (AMA) créée en 1999, l'entrée en vigueur de la convention a constitué pour les différents pays, une incitation supplémentaire pour adopter les dispositions anti-dopage issues de l'AMA. Le code mondial a déjà fait l'objet de deux modifications en 2009 et 2015 et une nouvelle modification et à la suite de la cinquième conférence mondiale sur le dopage dans le sport qui s'est déroulé à Katowice (Pologne) le 7 novembre 2019, une nouvelle version a été adoptée et doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

La France a signé et ratifiée cette convention, et est entrée en vigueur le 4 avril 2007 à la suite de l'adoption de la loi n° 2007-129 du 31 janvier 2007 autorisant la ratification de la convention internationale contre le dopage dans le sport³ et de la parution du décret n° 2007-503 du 2 avril 2007 portant publication de la convention internationale contre le dopage dans le sport⁴.

C'est l'article 3 de la Convention qui précise les obligations des Etats parties à la Convention :

« Aux fins de la présente Convention, les États parties s'engagent à :
(a) adopter des mesures appropriées aux niveaux national et international qui soient conformes aux principes énoncés dans le Code ;
(b) encourager toute forme de coopération internationale visant à protéger les sportifs et l'éthique du sport et à communiquer les résultats de la recherche ;
(c) promouvoir une coopération internationale entre eux et les organisations qui jouent un rôle de premier plan dans la lutte contre le dopage dans le sport, en particulier l'Agence mondiale antidopage ».

¹ Ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour parfaire la transposition en droit interne des principes du code mondial antidopage, JORF n°0294 du 20 décembre 2018, texte n° 81.

² http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31037&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

³ JORF n°27 du 1 février 2007 page 1943

⁴ JORF n°80 du 4 avril 2007 page 6273

Avec cet article, ce qui relevait du simple bon vouloir des Etats⁵, relève désormais du respect d'un engagement international et prend donc une valeur supérieure à la loi en application de l'article 55 de la Constitution⁶. Ainsi, le gouvernement a préféré utiliser les voies des ordonnances pour adopter les incessantes mesures de mise en œuvre du code mondial antidopage. Il apparaît toutefois que le nouveau système mis en place n'est encore conforme à la hiérarchie des normes juridiques en l'absence de ratification de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018.

l) **Le recours aux ordonnances : une facilité utilisée pour des motifs techniques**

Comme souvent pour ce type de texte (au motif de la complexité des dispositions), la voie de l'ordonnance au sens de l'article 38⁷ de la Constitution est choisie pour modifier les dispositions en vigueur dans la partie législative du code du sport. Il en est ainsi de textes plus anciens que des nouveaux textes dont l'un n'existe encore qu'en l'état de projet de loi⁸ comme le dernier texte en date sur la lutte contre le dopage

A) L'utilisation habituelle des ordonnances dans le domaine du dopage depuis 2009

L'utilisation des ordonnances constitue pour le gouvernement un instrument fort pratique pour légiférer rapidement⁹. Le Conseil d'Etat, a ainsi rappelé dans son rapport de 2014, qu'en bornant « à étendre provisoirement le domaine du règlement par rapport à celui de la loi et touchant ainsi à la répartition des compétences entre les pouvoirs législatifs et

⁵ Ceci est assez théorique car en fait, un pays qui refuse d'adopter le Code mondial antidopage se voit interdit de participer et d'organiser les manifestations sportives internationales comme les Jeux Olympiques ou les différents championnats du monde.

⁶ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

⁷ « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

⁸ Assemblée nationale, n°2700, Projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer la conformité du droit interne aux principes du code mondial antidopage et renforcer l'efficacité de la lutte contre le dopage, enregistré le 19 février 2020.

⁹ Cf. https://www.senat.fr/role/ordonnances/etude_ordonnances_mono.html

réglementaires [une loi d'habitation] n'a donc pas à être soumise aux consultations requises pour un projet de loi ordinaire »¹⁰.

En d'autres termes, non seulement le Parlement est court-circuité mais de plus, la procédure à suivre par le gouvernement est allégée.

Ainsi les versions de 2009 et de 2015 du code mondial antidopage ont été adoptées sous la forme d'ordonnances. Il s'agit des ordonnances n° 2010-379 du 14 avril 2010¹¹ relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage¹². Cette ordonnance avait été glissée dans la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires¹³ sous la forme d'un article 85¹⁴ dont on peut considérer que le lien avec le texte support était pour le moins tenu même s'il était inclus dans le titre III du texte consacré à la prévention et à la santé publique. Ceci est caractéristique, d'une certaine improvisation juridique, notamment le fait que cette disposition a été ajoutée au niveau de la Commission Mixte paritaire sous la forme d'un article additionnel 22 bis A¹⁵. Lors des discussions, un amendement a même été proposé sur le fait que l'on se saurait porter atteinte à l'indépendance de l'AFLD sous la forme d'ordonnance.

L'ordonnance n°2015-1207 du 30 septembre 2015¹⁶ relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer le respect des principes du code mondial antidopage. Cette ordonnance a été prise en application de la loi n° 2014-1663 du 30 décembre 2014 habilitant le Gouvernement à prendre les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer dans le droit interne le respect des principes du code mondial

¹⁰ Cité par L. Dutheillet de Lamothe, Oudinet G., D'une curiosité juridique : l'ordonnance non ratifiée AJDA 2016, p. 2153.

¹¹ Ordonnance n° 2010-379 du 14 avril 2010 relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage- JORF n°0089 du 16 avril 2010 page 7157.

¹² Ordonnance ratifiée par l'article 14 de la loi n°2012-158 du 1^{er} février 2012

¹³

¹⁴ « I. - Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé, afin de garantir la santé publique, à prendre par ordonnances les mesures nécessaires pour modifier les dispositions du code du sport relatives à la santé des sportifs et à la lutte contre le dopage, afin :

1° De renforcer l'efficacité des dispositifs de protection de la santé des sportifs, ainsi que de lutte contre le dopage et le trafic de produits dopants ;

2° D'assurer la conformité de ces dispositifs avec les principes du code mondial anti-dopage applicable à compter du 1^{er} janvier 2009.

II. - Les ordonnances prévues au I devront être prises dans les neuf mois suivant la publication de la présente loi.

Le projet de loi de ratification devra être déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication des ordonnances ».

¹⁵J.M Rolland et A. Millon, Rapport au fait au nom de la Commission mixte paritaire sur le projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires, AN n°1739 déposé le 17 juin 2009 – Sénat n°463 annexé au PV du 16 juin 2009.

¹⁶ JORF n°0227 du 1 octobre 2015 page 17597- Bouvet A. Mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer le respect des principes du Code mondial antidopage, JCP G, 12 octobre 2015, pp. 1866-1867- Le Reste S., Lutte contre le dopage en France : bienvenue à la "prime" aux aveux et à la procédure de clémence ! CDDS, 2015, n°42 pp. 127-129- Samper G, Transposition partielle de l'article 13 du code mondial antidopage en droit français : les jeux sont-ils faits ? Jurisport 2017, n°172 pp. 36-40 - Vial, J.P, Lutte contre le dopage : le droit à l'intimité de la vie privée mis à l'épreuve, CDDS 2015, n°42, pp. 130-132.

antidopage¹⁷ et ratifié par l'article 221 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé¹⁸. Il convient de noter que si la loi d'habilitation a fait l'objet d'un débat spécifique au Parlement et d'une étude d'impact¹⁹ ce ne fut pas le cas de la loi de ratification.

B) Une utilisation qui devient systématique

L'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018²⁰ relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour parfaire la transposition en droit interne des principes du code mondial antidopage a été prise sur la base de l'habilitation donnée par l'article 25 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024²¹ mais n'a pas été ratifiée à ce jour²² malgré le dépôt d'un projet de loi de ratification déposé le 6 mars 2019 sur le bureau de l'Assemblée nationale.

Ainsi, le texte servant de fondement, aux mesures disciplinaires que peut prendre l'Agence Française de Lutte contre le Dopage, est donc cette ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour parfaire la transposition en droit interne des principes du code mondial antidopage et modifiant le code du sport.

Ce texte a notamment introduit l'article L 232-5 du Code du sport relatif à l'Agence Française de Lutte contre le Dopage issu de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 et notamment le 7° est ainsi rédigé :

« ...7° Elle exerce un pouvoir disciplinaire dans les conditions prévues aux articles L. 232-21-1 à L. 232-23-6, sauf dans les cas prévus au 16° ... »

Or, il est certain que l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour parfaire la transposition en droit interne des principes du code mondial antidopage et modifiant le code du sport n'a jamais été ratifiée.

En l'absence de ratification à ce jour, ce texte a une simple valeur réglementaire et ne peut servir de fondement à des sanctions disciplinaires graves prises contre un sportif (*cf. infra*), car non seulement il s'agit bien de matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme mais aussi et surtout, cela est contraire à la hiérarchie des normes juridiques issue de la Constitution française.

¹⁷ JORF n°0302 du 31 décembre 2014 page 23244

¹⁸ JORF n°0022 du 27 janvier 2016

¹⁹ Etude d'impact, NOR : FVJV1407508L/Bleue-1, 30 juin 2014 : <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl13-677-ei/pjl13-677-ei.pdf>

²⁰ Bouniol R., Serra Y., Lutte contre le dopage : les fédérations sportives n'ont plus de pouvoir disciplinaire, D. 18 avril 2019, n°14, 772-773- Chaussard C. L'ordonnance qui réforme le Code du sport en matière de lutte contre le dopage ! CDDS 2019 n°50, pp. 152-162 - La finalisation de la réforme du droit français de la lutte antidopage : l'adoption du dispositif réglementaire, CDDS 2019 n°50, pp. 163-175.

²¹ JORF n°0072 du 27 mars 2018

²² http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/alt/ratification_ordonnance_2018-1178

La voie de l'ordonnance a aussi été choisie pour le projet de loi qui vient d'être déposé par le gouvernement en vue de mettre en conformité les textes français avec la nouvelle version du Code mondial antidopage qui doit entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2021²³ et dont l'exposé des motifs précise :

« Si la mise en conformité du code du sport ne semble pas exiger un grand nombre de dispositions, celles-ci présentent une technicité particulière et nécessitent une articulation adéquate avec les règles générales ou principes applicables en matière constitutionnelle, pénale ou disciplinaire. Un délai d'habilitation de neuf mois apparaît donc nécessaire pour la mise au point de ces dispositions, dans le cadre d'un travail conjoint avec l'Agence française de lutte contre le dopage et l'Agence mondiale antidopage. »

Comme on a pu le voir, l'utilisation de la voie de l'ordonnance en matière de lutte contre le dopage est devenue habituelle. Pourtant, une telle utilisation n'est pas sans poser des questionnements quant au respect de la hiérarchie des normes juridiques.

II) **Le nouveau système de sanction n'est pas conforme à la hiérarchie des normes juridiques**

L'utilisation des ordonnances pour légiférer n'est pas propre au domaine du sport mais celui-ci n'est pas épargné car il s'agit d'une matière technique qui s'y prête assez bien. Toutefois, il s'agit de textes dont les effets juridiques pour les usagers ne sont pas sans conséquences. C'est ainsi qu'à la suite de l'adoption du code du sport par une ordonnance n°2006-596 du 23 mai 2006 non encore ratifiée²⁴ que toutes les sanctions prises contre les éducateurs sportifs se trouvent fragilisées. Il convient de faire un rappel sur la place des ordonnances dans la hiérarchie des normes juridiques avant d'aborder la question plus spécifique des textes législatifs relatifs à la lutte contre le dopage.

A) La place des ordonnances dans la hiérarchie des normes juridiques

Dans sa présentation des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, René Chapus expliquait de la manière suivante la valeur juridique des ordonnances : « *Comme c'était le cas à l'époque des décrets-lois les ordonnances sont des actes administratifs tant qu'elles n'ont pas été ratifiées par une loi* »²⁵. Plus loin, René Chapus précisait que « *La ratification est (sans réserve aucune) le destin de l'ordonnance* »²⁶. En d'autres termes, une ordonnance non ratifiée constitue un texte inachevé dont la position dans la hiérarchie des normes n'est pas stabilisée et constitue un acte à valeur réglementaire tant qu'une ratification n'est pas intervenue.

²³ Assemblée nationale, n°2700, Projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour assurer la conformité du droit interne aux principes du code mondial antidopage et renforcer l'efficacité de la lutte contre le dopage, enregistré le 19 février 2020.

²⁴ Projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport, n° 3273, déposé le 26 juillet 2006.

²⁵ R. Chapus, Droit administratif général, 15 éd. 2001, Domat droit public, Montchrestien, p. 669.

²⁶ Idem, p. 671.

Le Conseil d'État dans un arrêt d'assemblée²⁷ a considéré que « *si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, aussi longtemps que le Parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai d'habilitation conféré au Gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au Gouvernement ; que l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même seraient-elles entachées d'illégalité* ».

Dans ses conclusions sous l'arrêt « Syndicat des ingénieurs-conseils »²⁸, le commissaire du gouvernement Fournier rappelait qu'il convenait de distinguer pour les principes ayant une valeur supérieure aux règlements, ce qui relève des règles des compétences de ce qui relève des règles de fond. Il était ainsi précisé « *ce sont les principes généraux du droit proprement dits, posés par les déclarations des droits ou déduits par le juge de ces déclarations. Parmi ces principes fondamentaux, qui sont à la base de notre régime politique, il faut sans doute ranger l'égalité des citoyens, la garantie des libertés essentielles (...)* »²⁹. Il apparaît ainsi que ce sont ces principes « *qui s'imposent à l'autorité réglementaire même lorsqu'elle n'est pas limitée par la loi* ». Dans la décision elle-même, il est rappelé que « *les principes généraux du droit qui, résultant du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives* ».

Avec l'arrêt Sarran³⁰, le Conseil d'Etat a reconnu la primauté de la Constitution dans l'ordre juridique interne et dans la décision « Koné »³¹ rendue en 1996, le Conseil d'Etat a reconnu qu'il pouvait contrôler un décret d'extradition pour vérifier sa conformité à un « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

De manière récurrente, le Conseil constitutionnel a considéré que les ordonnances sont « *des actes de forme réglementaire* » et le demeurent « *tant que la ratification législative n'est pas intervenue* » et à la condition qu'elles aient « *fait l'objet du dépôt du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 de la Constitution* »³².

Dans une affaire relative à une autre partie du Code du sport relative aux sanctions relatives aux éducateurs sportifs, la Cour de cassation³³, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité avait reconnu dans une décision n° 3844 du 7 août 2013 (13-90.019) :

« *Attendu que ces dispositions, dont la constitutionnalité est contestée, ont été créées par l'article 49 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion*

²⁷ CE, 11 décembre 2006, Conseil national de l'ordre des médecins, n°279517

²⁸ CE, sect. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, Rec. 394.

²⁹ GAJA, 21 éd. Dalloz, 2017, p. 471.

³⁰ CE, Ass. 30 octobre 1998, Sarran, Levacher et autres, Rec. 369.

³¹ CE, Ass. 3 juillet 1996, Koné, Rec. 255.

³² Déc. n° 72-73L du 29 février 1972

³³ Cass. Ass. 7 août 2013, 13-90.019, n° 3844

des activités physiques et sportives non déférée au Conseil constitutionnel, qui a été modifié à plusieurs reprises avant d'être abrogé par l'article 7 de l'ordonnance 2000-549 du 15 juin 2000 relative à la partie législative du code de l'éducation puis d'être codifié à l'article L. 463-7 du code de l'éducation modifié par l'article XVI de la loi n° 2003-339 du 14 avril 2003, non déférée au Conseil constitutionnel, portant ratification de l'ordonnance précitée ; que cette disposition qui a été, ensuite, abrogée par l'article 4 5° de l'ordonnance n° 2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport, est devenue l'article L. 212-8 de ce nouveau code ;

Attendu que, cependant, l'ordonnance du 23 mai 2006, créant ledit code, n'a fait l'objet d'aucune ratification législative ; qu'il en résulte que les dispositions contestées du code du sport ont un caractère réglementaire et ne sont pas au nombre des dispositions législatives visées par l'article 61-1 de la Constitution et l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; qu'elles ne sont, en conséquence, pas susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ».

Dans cette affaire, il est regrettable que le Conseil d'Etat n'ait pas été saisi car il aurait pu se prononcer sur la validité des dispositions contenues dans le code du sport non ratifié au moins sur la partie qui concernait les dispositions relatives aux sanctions administratives. De plus, la Cour de cassation aurait aussi se prononcer sur la validité des sanctions pénales contenues dans le code du sport au titre de l'article 111-5 du code pénal ainsi rédigé :

« Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. »

B) Une absence de ratification aussi problématique que récurrente dans le domaine de la lutte anti-dopage

Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011 a précisé que les sanctions ayant le caractère de punition relèvent du domaine législatif :

« Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » ; que les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition ; »

Le fait de faire l'objet d'une interdiction de participer à des compétitions sportives constitue bien évidemment une punition, a fortiori pour un sportif de haut-niveau ou un sportif professionnel qui tire notamment une partie de ses revenus de l'exploitation de son image sans même aborder la question du versement de son salaire ou des gains réalisés lors des compétitions.

Ce principe a aussi été rappelé dans une autre décision du 28 mars 2014, le Conseil constitutionnel (Déc. n°2014-385 QPC du 28 Mars 2014) à propos des sanctions disciplinaires prises à l'encontre des notaires :

« ...le principe de légalité des peines impose au législateur de fixer les sanctions disciplinaires en des termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ».

Est ainsi rappelé, le principe constitutionnel, selon lequel toute mesure administrative présentant un caractère punitif ne peut reposer que sur une loi.

Messieurs Dutheillet de Lamothe et Oudinet, dans le commentaire de la décision du Conseil d'Etat du 12 octobre 2016³⁴, distinguaient le contentieux de l'abrogation d'un acte irrégulier de celui de l'exception d'inconstitutionnalité qui peut être soulevé devant le juge administratif à propos d'un acte réglementaire. Il s'agit donc d'une exception d'inconstitutionnalité, *« soulevée à l'occasion d'un litige, mais dont le régime particulier conduit à ce qu'elle puisse aboutir à une abrogation de la disposition contestée par exception. Hormis ce résultat, elle s'apparente donc largement à l'exception d'illégalité, celle-là même qui est ouverte contre l'ordonnance non ratifiée, même après expiration du délai d'habilitation ».*

S'il n'est pas possible d'obtenir l'abrogation de l'ordonnance non ratifiée à l'expiration du délai d'habilitation, rien n'interdit de soulever une exception portant sur le caractère inconstitutionnel du texte ou d'une partie de celui-ci.

Dans une décision du 12 juillet 2011, le Conseil d'Etat a rappelé les conditions selon lesquelles, il était possible de contester la légalité d'un acte administratif : *« Considérant que l'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative que si cette dernière a été prise pour son application ou s'il en constitue la base légale »*³⁵.

A ce titre, il ne fait aucun doute que toute sanction contre un sportif accusé de dopage portera atteinte non seulement à sa possibilité de participer à des compétitions sportives mais au-delà, à sa possibilité de percevoir divers revenus.

Du fait de l'absence de ratification de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018, la partie visée du code du sport dans la décision n'a pas de valeur législative et ne saurait donc servir de fondement à des mesures sanctions administratives !

A ce jour et faute de ratification, l'article L 232-5 du Code du sport a une simple valeur réglementaire. L'étude d'impact produite lors du dépôt de projet de loi de ratification de l'ordonnance n°2018-1178 du 19 décembre 2018 relative aux mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour parfaire la transposition en droit interne des principes du

³⁴ CE, 12 octobre 2016, n°396170, AJDA 2019, nt2154

³⁵ CE, 11 juillet 2011 – AJDA 2012. 449

code mondial antidopage (enregistré le 6 mars 2019 à la présidence de l'Assemblée nationale) et plus particulièrement le tableau synoptique des consultations (p. 6) prévoit bien que l'objet principal du texte est bien de ratifier l'ordonnance en question³⁶.

A ce jour³⁷, la consultation du site internet de l'Assemblée nationale³⁸ montre bien que le projet de loi de ratification n°1738 est renvoyé à la Commission des affaires culturelles et de l'éducation, ce que signifie clairement que le Parlement n'a encore jamais débattu de la ratification de l'ordonnance en question.

Ainsi donc le texte qui sert de fondement à la généralisation de la compétence de l'AFLD au détriment des fédérations ne repose que sur une simple base réglementaire, qui ne saurait suffire à servir de fondement à des mesures d'interdiction de participer à des compétitions sportives pour une durée de quatre années.

Du fait, de l'absence de ratification, de l'ordonnance n°2018-1178 du 19 décembre 2018, l'Agence Française de Lutte contre le Dopage n'a pas de compétence pour prendre des sanctions directement contre un sportif licencié.

L'absence de ratification a pour conséquence d'avoir maintenu en vigueur l'ancien article L232-21 du code sport³⁹ ainsi qui confiait les sanctions disciplinaires aux fédérations sportives délégataires.

³⁶ Assemblée Nationale, Projet de loi, n°1738 présentée par Mme Roxana MARACINEANU.

³⁷ Le 18 mars 2020.

³⁸ http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/alt/ratification_ordonnance_2018-1178

³⁹ « Toute personne qui a contrevenu aux dispositions des articles L. 232-9, L. 232-9-1, L. 232-10, L. 232-14-5, L. 232-15, L. 232-15-1 ou L. 232-17 encourt des sanctions disciplinaires de la part de la fédération dont elle est licenciée. Il en est de même pour les licenciés complices de ces manquements.

Est également passible de sanctions disciplinaires le sportif qui a contrevenu aux dispositions de l'article L. 232-9 et dont la mise en cause est justifiée au vu des documents en possession de l'Agence française de lutte contre le dopage, en application de l'article L. 232-20-1.

Ces sanctions sont prononcées par les fédérations sportives mentionnées à l'article L. 131-8.

A cet effet, les fédérations adoptent dans leur règlement des dispositions définies par décret en Conseil d'Etat et relatives aux contrôles organisés en application du présent titre, ainsi qu'aux procédures disciplinaires et aux sanctions applicables, dans le respect des droits de la défense.

Ce règlement dispose que l'organe disciplinaire de première instance de ces fédérations se prononce, après que l'intéressé a été mis en mesure de présenter ses observations, dans un délai de dix semaines à compter de la date à laquelle l'infraction a été constatée. Il prévoit également que, faute d'avoir statué dans ce délai, l'organe disciplinaire de première instance est dessaisi de l'ensemble du dossier. Le dossier est alors transmis à l'instance disciplinaire d'appel qui rend, dans tous les cas, sa décision dans un délai maximum de quatre mois à compter de la même date.

Les sanctions disciplinaires prises par les fédérations sportives peuvent aller jusqu'à l'interdiction définitive de participer aux manifestations sportives prévues à l'article L. 232-9.

Ces sanctions ne donnent pas lieu à la procédure de conciliation prévue par l'article L. 141-4.

Dans une affaire jugée le 6 janvier 2020⁴⁰, le juge des référés du Conseil d'Etat saisi d'une demande de suspension à l'encontre d'une mesure de suspension provisoire à titre conservatoire prise par la présidente de l'AFLD autre de l'article L 232-23-4 du code du sport⁴¹ (issu de l'ordonnance du 19 décembre 2018) à l'encontre d'une sportive suspendue à la suite d'un résultat d'analyse positif, ce moyen n'a pas été soulevé. Pourtant dans cette affaire, il paraît quelque peu étrange, et alors même que tout a été tenté pour suspendre la décision contestée que la question de l'absence de ratification de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018 ne soit pas soulevé comme moyen en support de la requête.

Dans trois autres affaires jugées plus récemment le 28 février 2020⁴², le moyen relatif à l'incompétence du pour intervenir dans un domaine qui relèverait du pouvoir législatif a été enfin soulevé mais sans succès pour des considérations de forme plus de que de fond.

En effet, il s'agissait comme pour la première affaire jugée le 6 janvier 2020 d'un recours au fond déposés contre des mesures de suspension provisoires. Alors même que l'absence de ratification de l'ordonnance a été soulevé comme moyen d'annulation, le Conseil d'Etat⁴³ considère que « *la mesure de suspension provisoire, prononcée sur le fondement de l'article L. 232-23-4 du code du sport, est prise à titre conservatoire dans un objectif de protection de la santé des sportifs ainsi que de garantie de l'équité et de l'éthique*

Les fédérations agréées informent sans délai l'Agence française de lutte contre le dopage des décisions prises en application du présent article. »

⁴⁰ CE, Ord. 6 janvier 2020, n°436938

⁴¹ « *Lorsqu'un résultat d'analyse implique une substance interdite ou une méthode interdite, à l'exception d'une substance spécifiée au sens de l'annexe I à la convention internationale mentionnée à l'article L. 230-2, le président de l'Agence française de lutte contre le dopage ordonne à l'encontre du sportif, à titre conservatoire et dans l'attente de la décision de la commission des sanctions, une suspension provisoire :*

1° De la participation directe ou indirecte à l'organisation et au déroulement de toute manifestation sportive donnant lieu à une remise de prix en argent ou en nature, et à des manifestations sportives autorisées par une fédération délégataire ou organisées par une fédération agréée ou par une ligue sportive professionnelle ainsi qu'aux entraînements y préparant organisés par une fédération agréée ou une ligue professionnelle ou l'un des membres de celles-ci ;

2° De l'exercice des fonctions définies à l'article L. 212-1 ;

3° De l'exercice des fonctions de personnel d'encadrement ou de toute activité administrative au sein d'une fédération agréée ou d'une ligue professionnelle, ou de l'un des membres de celles-ci ;

4° De la participation à toute autre activité organisée par une fédération sportive, une ligue professionnelle ou l'un de leurs membres, ou le comité national olympique et sportif français, ainsi qu'aux activités sportives impliquant des sportifs de niveau national ou international et financées par une personne publique, à moins que ces activités ne s'inscrivent dans des programmes ayant pour objet la prévention du dopage.

Lorsque le résultat d'analyse implique une substance spécifiée au sens de l'annexe I à la convention internationale mentionnée à l'article L. 230-2, ou lorsqu'une autre infraction aux dispositions du présent titre est en cause, d'une part, l'intéressé peut accepter la suspension provisoire décrite à l'alinéa précédent dans l'attente de la décision de la commission des sanctions, d'autre part, le président de l'Agence française de lutte contre le dopage peut, de sa propre initiative, ordonner une telle suspension provisoire à l'égard de l'intéressé. La décision de suspension provisoire est motivée. L'intéressé est convoqué par le président de l'agence, dans les meilleurs délais, pour faire valoir ses observations sur cette mesure.

La durée de la suspension provisoire est déduite de la durée de l'interdiction de participer aux manifestations sportives que la commission des sanctions peut ultérieurement prononcer ».

⁴² CE, 28 fév. 2020 n° 433886 – CE, 28 février. 2020, n°429646 et 431499.

⁴³ Aff. n°433886.

des compétitions sportives. Compte tenu de l'objet et de la portée d'une telle mesure, qui ne constitue pas une sanction, le moyen tiré de ce que l'article L 232-23-4 du code du sport méconnaîtrait le principe constitutionnel des droits de la défense, faute de prévoir une procédure contradictoire préalable au prononcé de cette mesure, ne peut qu'être écarté... ».

La haute juridiction rappelle d'ailleurs une fois de plus, que les mesures conservatoires ou de police, ne sont pas soumises au respect de la CEDH « *la décision attaquée ne constituant qu'une mesure conservatoire sans caractère de sanction, Mme A. ne peut utilement invoquer les stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales...* ». Compte tenu des atteintes importantes portées aux droits des sportifs par ce type de mesure, on est en droit de se demander, si le Conseil d'Etat n'a pas voulu sauver le dispositif mis en place par l'ordonnance du 19 décembre 2018 en attendant que la ratification intervienne dans quelques mois. Ce qui permettrait alors de sécuriser les sanctions prises à la suite des mesures de suspension. A minima, il s'agit aussi d'un avertissement au gouvernement l'informant que pour les sanctions au fond, la nullité sera encourue.

Il convient toutefois de noter qu'à cette occasion, le Conseil d'Etat⁴⁴ pose un nouveau principe qui élargit la possibilité les pouvoir du juge pour excès de pouvoir : « *Eu égard à l'effet utile d'un tel recours, il appartient en outre au juge de l'excès de pouvoir, saisi de conclusions en ce sens, d'apprécier la légalité de la décision à la date où il statue et, s'il juge qu'elle est devenue illégale, d'en prononcer l'abrogation.* »

A ce jour, l'Agence Française de Lutte contre le dopage est donc incompétente pour mettre en œuvre les sanctions prévues au titre de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018. Toute sanction constituera un acte inexistant qui pourra être contesté à tout moment sans condition de délai devant le Conseil d'Etat⁴⁵.

Selon Messieurs Dutheillet de Lamothe et Oudinet « *... le régime contentieux de l'ordonnance non ratifiée n'est pas nécessairement le moins favorable au requérant. Sa seule limite, en somme, est qu'il ne permet pas de construire un contentieux prétexte pour obtenir l'abrogation de la norme visée par exception - pratique que d'aucuns s'attachent à élever au rang d'art mais que le juge continue de regarder avec circonspection* »⁴⁶. Il convient donc d'espérer qu'un sportif sanctionné sur la base d'un texte non conforme à la Constitution, ne relève pas de la catégorie des contentieux prétexte !

S'il nous est possible d'établir une comparaison avec le droit pénal, imagine-t-on que qu'une ordonnance non ratifiée puisse aggraver des sanctions d'emprisonnement sans aucun contrôle ? La réponse est bien évidemment non dans la mesure où le juge pénal dispose de l'article 111-5 du code pénal déjà mentionné.

⁴⁴ Aff. n°433886

⁴⁵ CE, ass. 31 mai 1957, Rosan Girard, GAJA, 17 éd. n°75

⁴⁶ L. Dutheillet de Lamothe, Oudinet G., D'une curiosité juridique : l'ordonnance non ratifiée AJDA 2016, p. 2153.

Il appartient ainsi aux juridictions pénales de vérifier, particulièrement lorsqu'elles en seront saisies à propos des sanctions pénales, si les règlements ou arrêtés qui servent de fondement aux poursuites ont été légalement pris par l'autorité compétente ⁴⁷. En l'espèce, deux articles du code du sport portant dispositions pénales ont été modifiés à la suite de l'ordonnance n° 2018-1178 du 19 décembre 2018. Il s'agit des articles L. 232-25 et L. 232-26 dont la teneur concerne notamment le respect des sanctions administratives mais aussi le trafic de produits dopants ainsi que les fait de falsifier les échantillons.

Il est donc temps que le Conseil d'Etat soit appelé à se pencher sur la question de dispositions qui servent de base à des sanctions graves (a fortiori pour des sportifs de haut-niveau et des sportifs professionnels) alors même que la procédure adoptée pour leur adoption ne leur donne (même momentanément) qu'une simple valeur réglementaire. La même remarque s'applique à la Cour de cassation pour les sanctions pénales.

⁴⁷ Cass. Crim. 29 novembre 1977 / n° 76-92.342